

Ensayo sobre la necesidad de consistencia pedagógica en el derecho argentino

Martín Böhmer

Profesor adjunto del Departamento de Filosofía del Derecho,
Facultad de Derecho, UBA. Profesor Investigador Adjunto del
Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés.

A comienzos de este año la Corte Suprema de Justicia de la Nación promulgó un fallo en el que condenaba al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a respetar el derecho a la vivienda digna de una persona que se encontraba en “situación de calle” junto con su hijo víctima de una discapacidad mental. El Ministro Petracchi, en el considerando 17, párrafo quinto de su voto, afirma:

“A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales.”¹

Oculto entre los párrafos de una opinión individual aunque alineada con el voto de la mayoría, el mandato de Petracchi podría ser la contundente conclusión de años de trabajo institucional. Digo que podría porque para serlo

1. Voto de Enrique Petracchi, en “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

depende, entre otras cosas, de que nosotros, los que trabajamos con el derecho, realicemos las tareas que nos exige y que voy a discutir en este ensayo.

El mandato, como se puede ver, tiene dos aspectos: uno cuantitativo y otro cualitativo. El primero de ellos exige a los gobiernos, es decir a los poderes ejecutivos, justamente ejecutar los recursos provenientes de los presupuestos diseñados por los legisladores “al máximo nivel posible”; este primer aspecto, que podemos llamar cuantitativo obliga así a maximizar la eficacia y la eficiencia del gasto público y condena la subejecución y la desidia. El segundo aspecto, que podemos llamar cualitativo, exige que la forma en la que se administre la ejecución tenga en cuenta la definición constitucional de los derechos, volviendo a aclarar, como tantas veces, que toda la actividad estatal está demarcada por los límites que impone la Constitución. De esta forma, no cualquier presupuesto es constitucional así como no cualquier manera de ejecutarlo da lo mismo desde la perspectiva de los derechos.

El mandato toma partido respecto de una cuestión fundamental de toda democracia constitucional: el balance entre sus dos términos. En efecto, honramos la democracia por ser la mejor traducción institucional de la aspiración moderna de resolver nuestros conflictos acordando, consintiendo una decisión que tomamos entre personas libres e iguales. Pero también honramos el constitucionalismo porque sabemos que la distancia entre el ideal democrático y la práctica de la regla de la mayoría puede provocar la violación de los derechos humanos, fundamentos de todo el sistema.² En este balance la Corte se posiciona claramente como garante de los derechos.

Los órganos mayoritarios pueden y deben recaudar impuestos y organizar el dinero del público en un presupuesto que proponga prioridades y tiempos para ejecutar políticas públicas, pero esas políticas tienen que estar enmarcadas dentro de la cada vez más estricta agenda constitucional. Las políticas públicas de la democracia argentina deben respetar los límites procedimentales y sustantivos de la Constitución. Los derechos están por encima, excepcionan, restringen al bien común, y no al revés. La democracia argentina hace prevalecer una visión deontológica sobre una visión agregativa: la meta es la garantía de los derechos constitucionales, no el bienestar general sin más definido mayoritariamente.

2. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

En el caso citado esta visión de nuestro sistema político se vuelve mandato judicial a los órganos mayoritarios y aspira a producir reformas institucionales que tiendan a hacerlo efectivo. Un gobierno que responda al mandato debe por lo tanto poner en orden su defensa jurídica y alinearla con la gestión de sus políticas públicas. Los abogados de la Procuración de la jurisdicción de que se trate deberán ponerse de acuerdo con los abogados de los ministerios relevantes, a su vez los ministerios deberán producir información certera y a tiempo sobre la forma en la que han decidido gestionar el presupuesto, y el ejecutivo deberá haber negociado con el legislativo y el legislativo debe haber dado razones para distribuir los ingresos públicos de la manera que lo hizo. El abogado del Estado que contesta la demanda o que se presenta en ese carácter ante un tribunal deberá entender este proceso previo de creación y ejecución de políticas públicas para defenderlo teniendo en cuenta las exigencias del mandato.

Si, como intentaré mostrar más adelante, este mandato reconfigura el derecho argentino, ¿a qué tareas nos convoca? ¿Cómo rearmar las instituciones jurídicas para honrarlo? ¿Qué deben saber y saber hacer los abogados del estado, y qué los abogados de los ciudadanos? ¿Cuáles son los destrezas que los jueces deben desplegar? ¿En qué medida la ética de la profesión es interpelada por las obligaciones que surgen del fallo? ¿Cómo se forman los profesionales del derecho capaces de hacer honor a la tarea de construir un Estado constitucional así de exigente? ¿Cuáles son los instrumentos pedagógicos, las estructuras institucionales necesarias que deben crearse o modificarse en las facultades de derecho para estar a la altura de este mandato?

Para comenzar a responder estas cuestiones debemos conceptualizar mejor el derecho en nuestro país, la práctica jurídica que hemos estado desarrollando en las últimas décadas en la Argentina. Una manera de hacerlo es seguir de cerca el trabajo de la Corte Suprema y el derrotero que le llevó a concebir el mandato que da comienzo a este ensayo. La idea que anima a esta exposición es que este mandato, de lograr convertirse en derecho, podría ser la conclusión de años de trabajo institucional con el objetivo de brindar una columna vertebral a la convulsionada democracia argentina y ofrecerle una vía transicional adecuada. Un trabajo que nació ya en la primera configuración de la Corte de la democracia y en la que el Ministro Petracchi fue protagonista ineludible de los fallos más importantes del período, pero que

continuó durante la Corte de la década del 90,³ y que podría estar cerrando el círculo ante nuestros ojos. De ser así, el producto de este trabajo institucional, el nuevo derecho argentino, debería constituirse en la meta evidente de la enseñanza del derecho en la medida en que comprenderlo mejor sería fundamental para entrenar a los operadores jurídicos capaces de hacerlo funcionar y de mejorarlo.⁴

Las primeras dos décadas democráticas

Antes todo era diferente. Hasta la violencia de los setenta, pero sobre todo a partir de nuestro encuentro con el mal radical, cuando el Estado utilizó el terrorismo para combatir sin ley al delito, la configuración de nuestro derecho se centraba principalmente en los Códigos. Un proyecto político que requería altas cuotas de concentración de poder en la figura presidencial y en el Estado federal debía relativizar el rol de los derechos, el federalismo y la posibilidad de control constitucional judicial. Así se hizo y el instrumento por excelencia que fue utilizado para ese proyecto fue la codificación.

En efecto, al haber un solo Código se unifica el derecho en toda la Nación expropiando la capacidad legiferante de las provincias en un solo gesto. El Código también produce la radical disminución de la actividad del Congreso ya que los temas más relevantes para la vida cotidiana son regulados por él y quedan fuera de la deliberación democrática por un largo tiempo. La codificación trae además una cultura jurídica formalista que saca de la actividad de los operadores del derecho la conciencia de la necesidad de interpretación de las normas. Esa cultura los hace deferentes al poder codificador y sospechosos de su propia capacidad de controlar constitucionalmente

3. “La corte de los 80 y los 90. Un diálogo sobre el rule of law en Argentina”, en SELA 2000: *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Publicación del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Democracia en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Versión en inglés: *The Supreme Court of the '80s and the Supreme Court of the 90's: A dialogue on the Argentine Rule of Law*. SELA, 2000. http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Böhmmer_The_Supreme_Court_of_the_80s_and_the_supreme_court_of_the_90s.pdf.

4. Böhmmer, Martín, “Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”, en *Sistemas Judiciales* (CEJA-INECIP) Año 5 N°9. pp. 26-38.

normas codificadas, es decir de interponer la lógica de los derechos a las decisiones mayoritarias (en el mejor de los casos) inmersas en los Códigos.

El terreno estaba preparado para la doctrina de facto. Una cultura jurídica que se podía desentender (y que de hecho lo hacía) de la Constitución gracias al formidable desarrollo de la codificación y del formalismo que aportó una enseñanza del derecho en línea con aquella no se opondría a la toma del poder por las fuerzas armadas y a largas décadas de autoritarismo. Sin embargo, medio siglo después de golpes de estado, nada nos había preparado para la violación masiva, planeada, sistemática de derechos humanos. Estaba por verse cómo el derecho acompañaba a la naciente democracia para consolidarla en un terreno que no estaba preparado para esa tarea.

Sin embargo, un evento del orden de lo milagroso ocurrió entre el fin de la década del setenta y el comienzo de la del ochenta. El reclamo por conocer el paradero de quienes fueron víctimas del actuar criminal del Estado sumó luego la exigencia de la vigencia del debido proceso para los detenidos y eventualmente el castigo penal para quienes hubieran violado la ley desde el Estado. Este reclamo, que pasó de ser individual a colectivo y de ser articulado como un interés particular a entenderse como una defensa de derechos humanos, cambió casi un siglo y medio de historia.

Allí comenzó el trabajo institucional de la Corte. Apenas empezó a funcionar en 1984 la primera Corte Suprema de la democracia argentina se propuso afirmar la centralidad de los derechos en el sistema político. Muchas de las decisiones centenarias que parecían grabadas en la piedra inamovible de los Códigos fueron modificadas con el ejercicio contramayoritario del control de constitucionalidad. El derecho a volver a casarse de toda persona divorciada,⁵ el derecho a decidir autónomamente el uso de sustancias estupefacientes,⁶ el derecho de negarse al servicio militar obligatorio basado en la libertad de conciencia⁷ fueron algunas de las señales que la Corte enviaba al Estado y a la sociedad civil respecto de los tiempos que venían. La Corte trazaba una línea en la historia de nuestro país: habría ahora un antes y un después de la democracia, ya no sería lo mismo una norma de facto que

5. *Sejean* (1986). CSJN, *Fallos* 308:2268.

6. *Bazterrica* (1986). CSJN, *Fallos*, 308:1392.

7. *Portillo* (1989). CSJN, *Fallos*, 312:496.

una decisión democrática, la deliberación y el debido proceso importaban.⁸ Y esa línea sería sostenida a lo largo del tiempo por la propia jurisprudencia de la Corte.

En definitiva, de un sistema en el que el bien común relegaba la defensa de los derechos, en el que el sistema jurídico se desentendía de la política y la dejaba librada al arbitrio de quien detentara el poder, de un sistema en el que la política se desentendía del derecho y lo limitaba a la regulación codificada de la vida cotidiana en la medida en que no afectara la discreción de la autoridad pasamos a otro muy distinto. El nuevo sistema aceptaba la centralidad de los derechos, y sólo eso modifica toda la estructura. Pero además las instituciones comienzan a alinearse con la nueva lógica y de esa forma la justicia se politiza, es decir, asume su rol constitucional en la política democrática. Y la política se judicializa, es decir, la sociedad comienza a comprender al Poder Judicial como otro lugar en el cual discutir el correcto balance entre decisiones mayoritarias y derechos, entre ley y constitución. Muchas de las cuestiones sociales más relevantes pasan ahora por los estrados judiciales.

Con todo lo complicada que resultó la transición de un gobierno democrático a otro, incluyendo una expeditiva modificación en la configuración de la Corte, el trabajo institucional continuó profundizándose gracias a que en 1994 una reforma constitucional articuló con lenguaje explícito los acuerdos de una década de vida democrática. Los derechos se multiplicaron, los canales de la deliberación judicial se ampliaron para hacerse más efectivos y pasar de ser procesos individuales a procesos colectivos iniciados por actores colectivos para producir consecuencias colectivas. Es importante subrayar este salto cualitativo. Procesos individuales liderados por actores individuales producen consecuencias caso a caso. Cuando el litigio se hace colectivo el impacto de las decisiones del Poder Judicial se siente sobre las políticas públicas. El control judicial individual defiende un derecho; no cambia la política, la excepciona. El control judicial colectivo modifica políticas públicas desde la lógica de los derechos.⁹ La Constitución de 1994

8. *Aramayo* (CSJN 14-2-84), *Dufourq* (CSJN 27-3-84 y 3-4-84), *Gary* (CSJN 21-8-84), *Budano* (CSJN 9-6-87).

9. Ver Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas*, Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado, Lexis Nexis, Buenos

es una invitación a la participación democrática y al control de la política mayoritaria desde los derechos constitucionales.

Una de las formas de multiplicar los derechos que utilizó la reforma resultó de un gesto excepcional: la introducción de los tratados internacionales de derechos humanos en el texto de la misma Constitución.¹⁰ ¿Cómo sería interpretado semejante cambio por los jueces? A los pocos meses de la reforma la Corte responde con inusitada transparencia: los tratados son norma válida, directamente aplicable por los jueces, de acuerdo a la interpretación que de sus normas realizaran los órganos que los mismos tratados instituyen a ese efecto.¹¹ La globalización había llegado a nuestro país de la mano de los derechos. La frontera nacional ya no era frontera para los derechos humanos, hay una instancia más de control contramayoritario, ahora ni siquiera una instancia que pudiéramos controlar con las instituciones nacionales.

Un nuevo siglo

Las Cortes de la democracia habían avanzado en su trabajo institucional de reconfigurar el derecho de acuerdo a los mandatos de la transición pero habían fracasado en el armado de una esfera de legitimidad suficiente que les asegurara el respeto y la obediencia de los demás poderes y afianzara su continuidad. La corte, en definitiva, a comienzos del siglo XXI seguía en busca de la forma de construir su legitimidad. En su primera conformación había intentado anclarse en una fuerte apuesta a los derechos y a la confrontación con el derecho legislado. La segunda conformación desechó la primera e intentó una segunda: posicionarse con deferencia a los poderes mayoritarios. Esta segunda estrategia tampoco funcionó.

De las cenizas todavía calientes del estallido del año 2001 la tercera Corte de la democracia rescató una tercera posibilidad. Ni la confrontación

Aires, 2006, y Bergallo, Paola, "Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina", en Publicación del Seminario en Latinoamérica (SELA), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

10. Levit, Janet, "The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise", 1999, 37 Colum. J. Transnat'l L. 281.

11. *Girolodi* (1995). CSJN, *Fallos* 318:514.

ni la deferencia, diálogo forzado.¹² En realidad la idea ya venía siendo utilizada en los innumerables amparos colectivos e individuales que se venían presentando desde la reforma constitucional. La práctica del derecho de interés público utilizaba con éxito en instancias inferiores el procedimiento del litigio estratégico para la reforma estructural de políticas públicas desde la perspectiva de los derechos y utilizando actores colectivos de la sociedad civil.¹³ La nueva Corte no era ajena a esa práctica, la utilizó con buenos resultados y la potenció con decisiones osadas, decisiones que, como el caso *Mendoza*,¹⁴ ponían en cuestión la legitimidad de la Corte y el futuro de su trabajo institucional.

Una estrategia clave de esta forma de ganar legitimidad consiste en la utilización de la doctrina de los actos propios. Frente a la tradición centenaria de la fraudulenta utilización de la Constitución, de la inconsecuente afirmación de que hay normas constitucionales pero que no son efectivas porque son aspiracionales, meras normas programáticas, la doctrina de los actos propios toma seriamente las decisiones de las autoridades democráticas y las normas de la Constitución y actúa en consecuencia. Frente a una política pública iniciada, frente a un tratado firmado, frente a un presupuesto acordado, la doctrina de los actos propios coloca a los interesados en el lugar de la demanda social y a los jueces en los guardianes de la palabra pública empeñada. Es por eso que en este siglo ha surgido como tema central de nuestro tiempo el de la ejecución de sentencias.

12. Böhmer, Martín, “Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas”, SJA-2012/05/23-17; JA-2012-II.

13. En casos como Cámara Nacional Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II; *Adecua c. Telefónica de Argentina S.A.* 03/12/1998. La Ley 1999-D, 370; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, de fecha 16 de diciembre de 2002 sobre “*Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo*”; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal 7, Secretaría 13, *Unión de usuarios y consumidores c/ Telefónica de Argentina s/sumario*; Viceconte, Mariela Cecilia c/*Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– s/ amparo –ley 16. 986–*, entre muchos otros.

14. CSJN, Fallos, 329:2316 *Mendoza, Beatriz, Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios* (2006); *Verbitsky, Horacio (representative of Centro de Estudios Legales y Sociales) s/ Habeas Corpus* (2005). CSJN, Fallos, 328:1146. *Badaro, Adolfo Agustín c/ANSES s/ reajustes varios* (2006) CSJN, Fallos, 329:3089, entre otros.

El dictado de sentencias que cuestionan la discrecionalidad con la que los órganos políticos asumen la ejecución de las políticas públicas pone en juego la capacidad de la Corte para movilizar a los otros poderes y en ese sentido su propia legitimidad en la medida de su éxito o fracaso. En la discusión por la ejecución de esas sentencias se crea una nueva oportunidad para la deliberación pública en la medida en que la Corte fuerza una discusión sobre un tema que se había dado, incorrectamente, por terminado. Es también una oportunidad para apropiarse de normas que pueden parecer, como los tratados internacionales, decisiones en principio ajenas, y para que la discusión sobre su aplicación a través de un proceso de ejecución de sentencia permita que nuestra comunidad se apropie de ellas al utilizarlas para hacer valer sus derechos.

La decisión con la que comencé este ensayo va un paso más lejos. Ya no meramente aplica la Constitución, ni siquiera sólo toma por buena la decisión propia de los órganos políticos en el contexto de una política sectorial determinada para hacerla cumplir. Ahora la Corte nos dice que somos capaces de remontarnos a la decisión respecto de la forma de gastar el presupuesto y, si nos tomamos seriamente el mandato que surge de la opinión de Petracchi, aun podemos controlar el presupuesto mismo si se aparta de la agenda constitucional.

Estamos, como se puede ver, muy lejos del derecho codificado que nos rigió durante un siglo. En este sentido, las propuestas de actualización de nuestros Códigos de fondo deben ser debidamente contextualizadas para no pensar que se puede volver a la práctica anterior. Ahora, de lograrse el acuerdo parlamentario sobre lo que quede de las propuestas que han realizado jueces, abogados y algunos profesores de derecho luego de pasar por el tamiz del Poder Ejecutivo y de la deliberación del Congreso, los Códigos que se promulguen van a encontrar una realidad jurídica algo distinta a la de 1870. Las decisiones codificadas deberán enfrentar una sociedad civil plural y vibrante, grupos de abogados de interés público dispuestos a seguir el ejemplo de Sejeán y controlar su constitucionalidad, jueces con vocación de ejercer su jurisdicción democrática y una incipiente academia jurídica ávida por acompañar la dinámica interminable de la deliberación pública.

Como sabemos, los Códigos son nada menos (pero nada más) que leyes, decisiones mayoritarias de los actuales representantes del pueblo. El derecho argentino, sin embargo, y gracias a la lucha de quienes han creado la cultura de los derechos en nuestro país, es más que leyes. Nuestro

derecho se ha convertido una práctica social muy compleja cruzada por normas constitucionales, tratados internacionales, acuerdos jurisprudenciales y principios morales. Estas normas producen un diálogo permanente que tiene vida propia, surge de intereses que se convierten en reclamos de derechos que generan decisiones administrativas que se cristalizan en leyes que son cuestionadas por quienes tienen intereses diversos que interponen demandas judiciales, que producen decisiones administrativas... en un círculo interminable que constituye la práctica de la democracia constitucional. Y a pesar de todo esto y luego de más de dos décadas, la forma de entrenar a los operadores del derecho sigue siendo la misma que habíamos creado hace ciento cincuenta años.

Consistencia pedagógica

El objeto de este breve ensayo no es sino poner sobre la mesa la inconsistencia en la que nos hallamos quienes formamos a los actores de esta nueva práctica. En muchos ámbitos admitimos conocer el nuevo derecho: escribimos sobre él, investigamos sus diferentes aspectos, y aun operamos con sus instrumentos litigando, proponiendo reformas legislativas o regulaciones administrativas. Pero en las escuelas de derecho hacemos como si nada hubiera ocurrido. Los mismos textos que acompañaron la expansión de la codificación, las mismas formas de entrenar a los operadores del derecho persisten en las aulas.

La nueva práctica jurídica pone en crisis, como es obvio, muchas de las presuposiciones de la codificación. El formalismo, la idea de validez, vigencia y eficacia, el lugar de los jueces, la teoría que justifica el peso relativo de las fuentes del derecho y coloca a la ley como fuente privilegiada, la distinción tajante entre derecho público y privado, o entre derecho sustantivo y procesal, la necesidad de un conocimiento enciclopédico de un material que se ha vuelto inabarcable. Con estas presuposiciones también se deben poner en cuestión la clase magistral excluyente, el conocimiento memorista de la ley, o de la ley comentada, o del tratado que ordena la ley y la jurisprudencia, o del manual que simplifica el tratado o de los apuntes que banalizan al manual. Debemos volver a pensar la enseñanza de las habilidades prácticas separadas, incluso arquitectónicamente separadas, del entrenamiento en la práctica de la argumentación o de la adquisición de conocimientos. Debemos terminar con la falta de investigación, la casi inexistencia de una

academia jurídica profesional e independiente de la profesión, de la judicatura y de la política y con el aislamiento local, regional e internacional de nuestras discusiones.

La nueva práctica requiere de los operadores conocimientos, actitudes, aptitudes, destrezas de las cuales aún no conocemos exactamente sus cualidades y mucho menos cómo se transmiten. Sabemos que requiere conocimientos de la práctica política, de la realidad social, ciertas actitudes de distancia moral y de escucha empática, aptitudes para la resolución de conflictos, para la creación de estrategias de negociación efectivas, para imaginar diversas teorías del caso, para persuadir, para ganar. Y todo eso en un contexto de centralidad de los derechos, de judicialización de los conflictos, de politización de los procesos judiciales y de internacionalización de los sistemas jurídicos.

Siempre es oportuno comenzar por un correcto diagnóstico de la situación, por una descripción lo más precisa posible de la práctica que debemos transmitir, y este ensayo pretende comenzar a caminar en esa dirección. La práctica va a cumplir veinte años, es el tiempo que en general se han tomado en la historia de la enseñanza del derecho las instituciones formadoras de abogados para adecuarse a un cambio de estas características.

No es una cuestión de modas, ni de importación caprichosa de culturas extrañas, es ser consistentes con lo que hemos logrado hasta ahora desde que dejamos de ejercer la violencia como método de resolución de conflictos. Es hora de que los profesores de derecho seamos consistentes y convirtamos la práctica de la democracia constitucional argentina en práctica pedagógica.